

# VU Research Portal

## Ruiz Zambrano: de interne situatie voorbij

Ankersmit, L.J.; Geursen, W.W.

### ***published in***

Asiel&Migrantenrecht  
2011

### ***document version***

Peer reviewed version

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Ankersmit, L. J., & Geursen, W. W. (2011). Ruiz Zambrano: de interne situatie voorbij. *Asiel&Migrantenrecht*, 156-164.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

This is a postprint of

---

**Ruiz Zambrano: de interne situatie voorbij**

Ankersmit, L.J., Geursen, W.W.

Migrantenrecht, 156-164

---

Published version: no link available

Link VU-DARE: <http://hdl.handle.net/1871/19830>

**(Article begins on next page)**

LAURENS ANKERSMIT EN WESSEL GEURSEN | L. J. ANKERSMIT, LL.M., MA EN MR. W.W. GEURSEN ZIJN BEIDEN WERKZAAM ALS PROMOVENDUS AAN DE VRIJE UNIVERSITEIT, AMSTERDAM.

## Ruiz Zambrano: de interne situatie voorbij

Iedere burger van een EU-lidstaat is Unieburger, maar een Unieburger kan tegenover zijn 'eigen' lidstaat geen beroep doen op het discriminatieverbod wanneer hij zich in een "zuiver interne situatie" bevindt; er is dan sprake van "omgekeerde discriminatie", omdat hij slechter af is dan de Unieburgers van andere lidstaten. Om met George Orwell te spreken "All EU-citizens are equal, but some citizens are more equal than others".<sup>1</sup> *Ruiz Zambrano* opent de deur voor Unieburgers om het Unierecht tegen hun 'eigen' lidstaat in te roepen, zonder dat zij in een andere dan hun 'eigen' lidstaat hebben verbleven.

Op 8 maart 2011 deed het Hof van Justitie van de EU (hierna: het Hof)<sup>2</sup> uitspraak in de zaak *Ruiz Zambrano*.<sup>3</sup> Gerardo Ruiz Zambrano is een Colombiaan die met zijn vrouw en kind naar België zijn gevlucht. Aldaar krijgen zij geen verblijfsvergunning, maar vanwege de onveilige situatie in Colombia worden zij niet teruggestuurd. In België krijgen zij nog twee kinderen, die de Belgische nationaliteit verwerven. Voor het Hof rijst nu de (prejudiciële) vraag of Ruiz Zambrano een afgeleid verblijfsrecht heeft, omdat zijn twee Belgische kinderen burger van de EU zijn. Er is geen sprake van een grensoverschrijdende situatie waarbij de Belgische kinderen naar of in een andere lidstaat van de EU hebben gereisd of verbleven. De voorafgaande vraag is of dit geen interne situatie is waarop het Unierecht niet van toepassing is, wegens onvoldoende aanknopingspunten met het Unierecht.

In deze bijdrage zullen wij na een korte beschrijving van het leerstuk van de interne situatie (par. 1) ingaan op het arrest in *Ruiz Zambrano* (par. 2). Daarna zullen wij nader ingaan op de personele (par. 3) en materiële reikwijdte (par. 4) van het Unieburgerschap zoals ontwikkeld in de jurisprudentie van het Hof uitkomend in *Ruiz Zambrano*, waar wij zullen concluderen dat het niet gaat om de aantasting van de *belangrijkste* Unieburgerrechten, maar om de aantasting van de *essentie* van die rechten, wil een zaak binnen de reikwijdte van het Unierecht vallen (par. 4.3). Wij zijn van mening dat die aantasting overigens nog wel kan worden gerechtvaardigd, al was daar in *Ruiz Zambrano* geen sprake van (par. 5). Vervolgens zal nog kort stil worden gestaan bij het feit dat het hier een afgeleid verblijfsrecht betrof van kinderen van jonge leeftijd die afhankelijk waren van hun ouders en bij de vraag wanneer de afhankelijkheidsrelatie en daarmee het afgeleid verblijfsrecht is afgelopen (par. 6). Alvorens over te gaan tot een slotbeschouwing (par. 8), zullen wij proberen te duiden welke praktische gevolgen *Ruiz Zambrano* kan hebben voor de Nederlandse (asiel- en migratie)rechtspraak (par. 7).<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Variërend op het citaat uit George Orwell's *Animal farm*: "All animals are equal, but some animals are more equal than others".

<sup>2</sup> In de voetnoten zullen wij steeds de afkorting HvJ EU bezigen, ook voor uitspraken die het Hof voor 1 december 2009 deed als HvJ (E)EG.

<sup>3</sup> HvJ EU 8 maart 2011, C-34/09; dit arrest werd reeds becommentarieerd in dit tijdschrift: H.U. Jessurun d'Oliveira, "Unieburger in eigen land!", A&MR 2011, nr. 2, p. 78 en door P. Boeles in zijn noot in *Jurisprudentie Vreemdelingenrecht* 2011/146.

<sup>4</sup> Bij het afronden van de laatste versie van deze bijdrage was het arrest in de zaak *McCarthy* net gewezen: HvJ EU 5 mei 2011, C-434/09, *McCarthy*, n.n.g. Wij hebben waar mogelijk in onze analyse gerefereerd naar die zaak, zonder die zaak overigens nader te bespreken.

## 1. De zuiver interne situatie: geen aanknopingspunt met het Unierecht

De zuiver interne situatie is een leerstuk dat is ontwikkeld door het Hof in zijn jurisprudentie betreffende de klassieke (economische) vrij verkeersbepalingen. Dat leerstuk houdt in dat wanneer het volledige feitencomplex van een zaak zich binnen één lidstaat afspeelt, er geen aanknopingspunt is het met Unierecht. Een dergelijke zaak valt dan niet binnen de personele reikwijdte van de vrijverkeersbepalingen van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Het vereiste van een grensoverschrijdend element volgt uit de tekst van de klassieke (economische) vrij verkeersbepalingen, bijvoorbeeld uit artikel 49 VWEU: "vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het *grondgebied van een andere lidstaat*".<sup>5</sup> Ook artikel 3 van Richtlijn 2004/38/EG vereist een dergelijke grensoverschrijding.<sup>6</sup> De tekst van artikel 20 VWEU betreffende het Unieburgerschap vereist een dergelijk grensoverschrijdend evenwel niet: "[b]urger van de Unie is eenieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit." Daarover later meer in par. 3, hierna.

De essentie en de functie van de zuiver interne situatie is de afbakening van bevoegdheden tussen de Europese rechtsorde en de nationale rechtsordes van de lidstaten.<sup>7</sup> Gezien de bevoegdheidsverdeling tussen de nationale rechtsorde en die van de Unie, behoort een zuiver interne situatie tot de bevoegdheid van de nationale rechtsorde.

Het gevolg hiervan is dat een persoon die zich in een interne situatie bevindt, zich niet kan beroepen op de vrijverkeersbepalingen van het VWEU, noch op het verbod op discriminatie naar nationaliteit van art. 18 VWEU. Vanuit Unierechtelijk perspectief is dan alleen een beroep op nationaalrechtelijke regels mogelijk. Als het nationale recht in dat geval niet in een vergelijkbare non-discriminatiebepaling voorziet, kan die persoon worden onderworpen aan een nadeligere behandeling door de eigen lidstaat dan een onderdaan van een andere lidstaat, de zogenaamde omgekeerde discriminatie. In Nederland is dat het geval, omdat de Nederlandse rechter wetten in formele zin niet kan toetsen aan het non-discriminatieverbod van artikel 1 van de Grondwet<sup>8</sup> (maar wel aan non-discriminatiebepalingen in andere verdragen dan het VWEU, zoals artikel 14 EVRM<sup>9</sup> en artikel 1 van XII Protocol EVRM).<sup>10</sup>

Dat kan tot onbillijke en arbitraire situaties leiden,<sup>11</sup> omdat 'eigen' onderdanen nadeliger kunnen worden behandeld dan burgers van andere lidstaten (de omgekeerde discriminatie). Dat is onzes inziens dan niet zozeer de te wijten aan het Unierecht, maar aan de onmogelijkheid in de nationale rechtsorde dat een nationale rechter een (formele) wet kan toetsen aan een vergelijkbaar nationaalrechtelijk discriminatieverbod. Het Hof spreekt over een interne situatie wanneer een zaak geen enkel

---

<sup>5</sup> HvJ EU 7 februari 1979, 115/78, *Knoors*, Jur. 1979 p. 399, r.o. 24 en de andere vrijheden: Artikel 34 VWEU betreft "invoerbepalingen" (HvJ EU 23 oktober 1986, 355/85, *Cognet*, Jur. 1986, p. 3231, r.o. 10); artikel 35 "uitvoerbepalingen"; artikel 45 "het verkeer van werknemers binnen de Unie" (HvJ EU 28 maart 1979, 175/78 *Saunders*, Jur. 1979, p. 1129); artikel 56 "beperkingen op het vrij verrichten van diensten binnen de Unie verboden ten aanzien van de onderdanen der lidstaten die in een andere lidstaat zijn gevestigd" (HvJ EU, 17 juni 1997, C-70/95, *Sodemare*, Jur. 1997, p. I-3395) en artikel 63 "het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling".

<sup>6</sup> Richtlijn van 29 april 2004 betreffende het recht van vrij verkeer en verblijf op het grondgebied van de lidstaten voor de burgers van de Unie en hun familieleden (Pb 2004 L158/77, gerectificeerd in Pb 2004, L229/35).

<sup>7</sup> N. Bernard, "La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le Traité CE sous l'angle de la compétence", *Cahiers de Droit Européen* 1998, p. 11-45 en H.H. Voogsgeerd, *Interstatelijkheid: de aard en de intensiteit van het grensoverschrijdend element in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG met betrekking tot de vier vrijheden*, Groningen: Groningen, 2000, p. 450.

<sup>8</sup> Art. 120 GW.

<sup>9</sup> In combinatie met een andere bepaling van het EVRM.

<sup>10</sup> Art. 93 en 94 GW.

<sup>11</sup> P. van Nuffel, "Omgekeerde discriminatie of een voor het rechtsbewustzijn onbevredigende situatie", *Rechtskundig weekblad* 1982-83 Col. 2332-2336.

aanknopingspunt heeft met het Unierecht. In de zaak *Ruiz Zambrano* speelden alle feiten van de zaak zich af binnen één lidstaat, te weten België. Desalniettemin oordeelde het Hof dat er voldoende aanknopingspunten met het Unierecht waren (zie par. 2, hierna). Na *Ruiz Zambrano* is de term 'interne situatie' eigenlijk niet meer te gebruiken wanneer het het Unieburgerschap betreft, aangezien de feiten in de zaak *Ruiz Zambrano* binnen één lidstaat zijn gelegen (een interne situatie dus), terwijl er wél aanknopingspunten zijn met het Unierecht.<sup>12</sup> We kunnen voor het Unieburgerschap dan misschien beter de meer algemene terminologie hanteren: "heeft een zaak (voldoende) aanknopingspunten met het Unierecht?" Wanneer er geen of onvoldoende aanknopingspunten zijn, valt een zaak buiten de werkingssfeer van het Unierecht. De vraag blijft evenwel wanneer er dan wel of niet voldoende aanknopingspunten zijn met het Unierecht (zie par. 5, hierna).

## 2. De zaak Ruiz Zambrano

### 2.1. De feiten en het arrest

De Colombiaan Gerardo Ruiz Zambrano vluchtte vanuit Colombia met zijn vrouw en kind naar België. Zij kregen echter van de Belgische autoriteiten geen verblijfsvergunning, noch een werkvergunning, omdat hun asielaanvraag werd afgewezen. Desalniettemin werden zij niet uitgezet naar Colombia daar de situatie in Colombia te gevaarlijk was. Het gezin woont al enige jaren in de gemeente Schaarbeek alwaar zij allemaal staan ingeschreven. Uit het echtpaar Ruiz werden in België twee kinderen geboren: Diego en Jessica. Zij verkregen door geboorte op Belgisch grondgebied en ter voorkoming van stateloosheid<sup>13</sup> de Belgische nationaliteit.

Zonder verblijfsvergunning en werkvergunning werkte Gerardo in België enkele jaren voor een Belgische werkgever en droeg sociale zekerheidspremies af.<sup>14</sup> In oktober 2005 raakte hij tijdelijk werkeloos en een jaar later permanent, omdat hij geen werkvergunning had. Hij vroeg voor beide periodes een werkeloosheidsuitkering aan. Die uitkeringen werden hem geweigerd, omdat hij niet beschikte over een verblijfsvergunning en werkvergunning. De Belgische wet bepaalt dat alleen vreemdelingen die over die vergunningen beschikken een werkeloosheidsuitkering kunnen krijgen. Gerardo stelde tegen die weigeringen verschillende juridische procedures in. In het kader van een van deze procedures heeft de Arbeidsrechtbank in Brussel een aantal prejudiciële vragen gesteld aan het Hof. Het Hof heeft die vragen anders opgevat en beantwoorde uiteindelijk de vraag of het Unieburgerschap van zijn twee Belgische kinderen Ruiz Zambrano een afgeleid verblijfsrecht geven en een vrijstelling van een arbeidsvergunning. In slechts tien rechtsoverwegingen, concludeert het Hof dat Ruiz Zambrano inderdaad een afgeleid verblijfsrecht heeft en vrijgesteld zou moeten zijn van een werkvergunning. Of de Brusselse Arbeidsrechtbank met dat antwoord uit de voeten kan ter beoordeling van de rechtmatigheid van de weigering van de werkeloosheidsuitkering, is nog maar de vraag; die moet immers een oordeel vellen over de weigering van de uitkeringen.

Het Hof begint met een analyse welke rechten de Belgische kinderen Diego en Jessica kunnen ontleen aan het Unieburgerschap. Volgens het Hof mogen nationale maatregelen Unieburgers niet het genot ontzeggen van de "belangrijkste" rechten die zij ontleen aan de status van Unieburger.<sup>15</sup> Ook niet als dat hun 'eigen' lidstaat is. Hierbij herhaalt het Hof zijn overweging uit vaste jurisprudentie dat "de

<sup>12</sup> Zie in die zin ook en HvJ EU 5 mei 2011, C-434/09, McCarthy, r.o. 46, n.n.g., onder verwijzing naar HvJ EU 12 juli 2005, C-403/03, Schempp, Jur. 2005, p. I-6421, r.o. 22.

<sup>13</sup> Omdat de ouders hadden verzuimd de geboorte van de kinderen bij de Colombiaanse ambassade aan te geven, verkregen zij niet de Colombiaanse nationaliteit en zouden zij daardoor stateloos zijn.

<sup>14</sup> Of hij Belgische inkomstenbelasting betaalde, kon uit de gedingstukken niet worden opgemaakt.

<sup>15</sup> R.o. 42.

hoedanigheid van burger van de Unie de primaire hoedanigheid van de onderdanen van de lidstaten moet zijn".<sup>16</sup> De rechten die Diego en Jessica hebben staan opgesomd in artikel 20, lid 2 van het VWEU. Naast politieke rechten behelst het ook een recht om vrij te verblijven op het grondgebied van de lidstaten.

Vader Gerardo kan als onderdaan van een derde land geen zelfstandig verblijfsrecht ontlenen aan het Unieburgerschap. Wel heeft hij een van zijn Belgische kinderen afgeleid verblijfsrecht, omdat Diego en Jessica afhankelijk zijn van hun ouders en niet meer effectief hun rechten als Unieburgers kunnen uitoefenen als hun ouders België en daarmee de EU worden uitgezet. Het Hof concludeert namelijk dat men er van uit kan gaan dat Diego en Jessica het grondgebied *van de Unie* zullen moeten verlaten om hun ouders te volgen, omdat hen een verblijfsvergunning wordt geweigerd. Ook zorgt de weigering van een arbeidsvergunning ervoor dat Gerardo het risico loopt om niet over voldoende bestaansmiddelen te beschikken wat er eveneens toe zou kunnen leiden dat zijn Belgische kinderen het grondgebied van de Unie moeten verlaten. Hierdoor zullen Diego en Jessica "in de feitelijke onmogelijkheid verkeren de belangrijkste aan hun status van burger van de Unie ontleende rechten uit te oefenen".<sup>17</sup>

## 2.2. Het verblijfsrecht: art. 20 of 21 VWEU?

Zowel in artikel 20, lid 2, onder a als 21 VWEU wordt het reis- en verblijfsrecht van Unieburgers verwoord als "het recht zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven". In artikel 20 lid 2 is dat in een opsomming van Unieburgerschapsrechten en in artikel 21 als zelfstandig recht. De bewoordingen van deze bepalingen zijn anders dan de klassieke vrijverkeersbepalingen, omdat naar de letter van de tekst van die bepalingen geen sprake hoeft te zijn van een grensoverschrijdend element. Dat zou dan ook het recht om te verblijven in de 'eigen' lidstaat kunnen inhouden. Dat is onzes inziens de belangrijkste rechtsvraag in *Ruiz Zambrano*.

AG Sharpston concludeerde dat die bepalingen "een op het burgerschap van de Unie gebaseerd recht toekennen om op het grondgebied van de lidstaten te verblijven, dat niet afhankelijk is van het recht zich tussen de lidstaten te verplaatsen."<sup>18</sup> Volgens Sharpston is van doorslaggevend belang dat Diego en Jessica de rechten die zij ontleen aan hun status als Unieburgers niet volledig doeltreffend kunnen uitoefenen door de nationale maatregelen.

Het Hof volgt impliciet de benadering van Sharpston en baseert zijn redenering alleen op artikel 20 VWEU waar het verblijfsrecht 'slechts' in een opsomming staat. De keuze van het Hof voor artikel 20 VWEU wordt niet gemotiveerd. Derhalve is het gissen naar de reden om voor artikel 20 VWEU te kiezen en niet voor artikel 21 VWEU. Wellicht dat een verklaring is te vinden in het volgende. Unieburgers kunnen andere rechten die in art. 20 VWEU staan opgesomd, zoals het kiesrecht voor het Europees Parlement en het petitierecht, uitoefenen zonder dat er sprake is van een grensoverschrijdend element. Misschien dat het Hof voor wat betreft het verblijfsrecht daarom ook bij art. 20 VWEU aansloot; net als bij die andere rechten is grensoverschrijding niet vereist.<sup>19</sup>

Volgens het Hof is er "van uit te gaan dat een dergelijke weigering ertoe zal leiden dat deze kinderen, burgers van de Unie, zullen worden verplicht het grondgebied van de Unie te verlaten om hun ouders te volgen."<sup>20</sup> Het Hof vereist daarbij geen grensoverschrijdend element alvorens een beroep mogelijk is op het verblijfsrecht.

De reden voor het ontbreken van een grensoverschrijdend element ten aanzien van het verblijfsrecht voor Unieburgers volgt uit de benadering die het Hof kiest ten aanzien van de werkingssfeer van

<sup>16</sup> R.O. 41.

<sup>17</sup> R.O. 44.

<sup>18</sup> Conclusie AG Sharpston in Zaak C-34/09 Ruiz Zambrano, par. 122.

<sup>19</sup> Zie ook HvJ EU 5 mei 2011, C-434/09, McCarthy, n.n.g., r.o. 47-48.

<sup>20</sup> R.O. 43.

vrijverkeerbepalingen en de burgerschapsbepalingen: een persoon kan slechts een beroep doen op deze bepalingen als hij/zij zowel binnen de persoonlijke als ook de materiële reikwijdte van de bepaling valt.<sup>21</sup> De personele reikwijdte van de Verdragsbepalingen bepaalt *wie* een beroep kan doen op die bepalingen. Een beroep op de verkeersvrijheden geldt bijvoorbeeld alleen voor personen die gebruik hebben gemaakt van het recht om zich naar een andere lidstaat te begeven of die zich naar een andere lidstaat willen begeven.<sup>22</sup>

De materiële reikwijdte bepaalt welke situaties onder de vrijverkeersbepalingen vallen: is er bijvoorbeeld sprake van vestiging of dienstenverkeer?<sup>23</sup>

### 3. De personele reikwijdte van het Unieburgerschap

Wat betreft de werkingssfeer van de bepalingen omtrent het Unieburgerschap is het duidelijk dat geen sprake hoeft te zijn van een grensoverschrijdend element. Artikel 20, lid 1, VWEU bepaalt: "[b]urger van de Unie is eenieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit." Het bezitten van de nationaliteit van een van de lidstaten is de enige voorwaarde om onder de personele werkingssfeer van het Unieburgerschap te vallen.<sup>24</sup> In *Ruiz Zambrano* maakt het Hof duidelijk dat de voorwaarde dat een persoon naar een andere lidstaat moet reizen om binnen de personele reikwijdte te vallen, ontbreekt voor het Unieburgerschap.<sup>25</sup> Het heeft dat ook bevestigd in *McCarthy*.<sup>26</sup>

Het Hof heeft het Europees burgerschap in zijn rechtspraak een belangrijke plaats toegekend. Reeds in *Grzelczyk* overwoog het Hof dat "de hoedanigheid van burger van de Unie (...) de primaire hoedanigheid van de onderdanen van de lidstaten [dient] te zijn".<sup>27</sup> Die overweging leek in die zaken overbodig, maar is onzes inziens uiteindelijk een opstap geweest om aan het Unieburgerschap autonomie toe te kennen ten opzichte van de nationaliteit van de lidstaten. Zo bepaalde het Hof in *Rottmann* dat het verkrijgen en verliezen van de nationaliteit van een lidstaat weliswaar binnen de bevoegdheden van de lidstaten behoren, maar dat "wanneer het om burgers van de Unie gaat, de uitoefening van die bevoegdheid, voor zover zij de door de rechtsorde van de Unie verleende en beschermde rechten aantast, zoals met name het geval is met een besluit tot intrekking van de naturalisatie als in het hoofdgeding aan de orde, vatbaar is voor rechterlijke toetsing aan het Unierecht."<sup>28</sup> In *Ruiz Zambrano* specificeerde het Hof dat "artikel 20 VWEU zich [verzet] tegen nationale maatregelen die tot gevolg hebben dat burgers van de Unie het effectieve genot wordt ontzegd van de belangrijkste aan hun status van burger van de Unie

<sup>21</sup> Zie ook E. Spaventa, "Seeing the wood despite the trees? On the scope of citizenship and its constitutional effects", *Common Market Law Review*, 2008/1, p. 13-45.

<sup>22</sup> Zie hierboven in par. 1.

<sup>23</sup> HvJ EU 30 november 1995, C-55/94, Gebhard, Jur. 1995, p. I-4165; vestiging of werknemersverkeer (HvJ EU 8 juni 1999, C-337/97, Meeusen, Jur. 1999, p. I-3289); vestiging of kapitaal (HvJ EU 13 april 2000, C-251/98, Baars, Jur. 2000, p. I-2787); vestiging of goederenverkeer (HvJ EU 11 mei 1999, C-255/97, Pfeiffer, Jur. 1999, p. I-2835); dienstenverkeer of werknemersverkeer (HvJ EU 5 oktober 1988, 196/87, Steymann, Jur. 1988, p. 6159) diensten- of kapitaalverkeer (HvJ EU 3 oktober 2006, C-452/04, Fidium Finanz, Jur. 2006, p. I-9521); diensten of goederenverkeer (HvJ EU 24 maart 1994, C-275/92, Schindler, Jur. 1994, p. I-1039).

<sup>24</sup> HvJ EU 26 oktober 2006, C-192/05 Tas-Hagen en Tas, Jur. 2006, p. I-10451, r.o. 18.

<sup>25</sup> Spaventa, a.w.; M. Bulterman, "Case C-274/96, Criminal proceedings against Horst Otto Bickel and Ulrich Franz, Judgment of the Court of 24 November 1998. Full Court", *Common Market Law Review* 1999/6p. 1325-1344.

<sup>26</sup> R.o. 46.

<sup>27</sup> HvJ EU 20 september 2001, C-184/99, Grzelczyk, Jur. 2001, p. I-6193, r.o. 31.

<sup>28</sup> HvJ EU 2 maart 2010, C-135/08, Rottmann, n.n.g., r.o. 48; vóór de invoering van het Unieburgerschap had het Hof dit al bepaald ten aanzien van de bevoegdheid van de lidstaten bij het bepalen van verkrijging en verlies van nationaliteit in het licht de vrijheid van vestiging: HvJ EU 7 juli 1992, C-369/90, Micheletti e.a., Jur. 1992, p. I-4239, r.o. 10.



ontleende rechten."<sup>29</sup> Kortom, Unieburgers ontlenen aan artikel 20 VWEU rechten waarop zij zich direct kunnen beroepen in het geval nationale maatregelen het effectieve genot van deze rechten ontzeggen.

#### 4. De materiële reikwijdte van het Unieburgerschap

Het voorgaande betekent overigens nog niet dat elke maatregel van een lidstaat die een Unieburger raakt onder de werkingssfeer van het Unierecht valt. Dergelijke maatregelen moeten wel de materiële rechten die Unieburgers hebben aan kunnen tasten. Zo overwoog het Hof in *Uecker en Jacquet* dat "het burgerschap van de Unie, zoals voorzien in artikel [20 VWEU], niet tot doel heeft, de materiële werkingssfeer van het Verdrag eveneens uit te breiden tot interne situaties die geen enkele aanknopingspunt met het gemeenschapsrecht hebben. [...] Eventuele discriminaties die onderdanen van een Lid-Staat naar het recht van die staat kunnen ondervinden, vallen binnen de werkingssfeer van dit recht, zodat zij in het kader van het interne rechtstelsel van die staat moeten worden opgelost."<sup>30</sup> Die constatering is door *Rottmann* en *Ruiz Zambrano* niet achterhaald, ondanks het feit dat de personele reikwijdte van het Unieburgerschap ruim is geïnterpreteerd doordat het Hof aan het Unieburgerschap de primaire hoedanigheid heeft 'verleend'. Er kunnen zich nog steeds zaken voordoen betreffende Unieburgers die geen aanknopingspunt hebben met het Unierecht; de grens tussen wel of geen voldoende aanknopingspunt is met *Ruiz Zambrano* evenwel verschoven van de interne-situatie-toets naar een andere toets. Om die andere toets duidelijk te maken, zullen wij hierna ingaan op de vragen (1) welke materiële rechten een Unieburger heeft; (2) hoe het Hof onderscheid maakt tussen de bevoegdheden van de lidstaten en de EU door het effectiviteitsbeginsel als scheidslijn te hanteren; en (3) in welke mate die rechten moeten worden aangetast, wil er voldoende aanknopingspunten zijn met het Unierecht: moeten de belangrijkste rechten zijn aangetast of de essentie van (alle) Unieburgerrechten?

##### 4.1. Welke rechten heeft de Unieburger?

Allereerst dient een antwoord te worden gevonden op de vragen: (i) op welke rechten kan een Unieburger zich beroepen; en (ii) wat is de reikwijdte van deze rechten?

Eenieder die de nationaliteit van een lidstaat bezit en dus Unieburger is, heeft volgens art. 20 lid 2 VWEU *onder andere* de volgende rechten:

- a) het recht zich vrij op het grondgebied van de lidstaten te verplaatsen en er vrij te verblijven;
- b) het actief en passief kiesrecht bij de verkiezingen voor het Europees Parlement en bij de gemeenteraadsverkiezingen in de lidstaat waar zij verblijf houden, onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van die staat;
- c) het recht op bescherming van de diplomatieke en consulaire instanties van iedere andere lidstaat op het grondgebied van derde landen waar de lidstaat waarvan zij onderdaan zijn, niet vertegenwoordigd is, onder dezelfde voorwaarden als de onderdanen van die lidstaat;
- d) het recht om verzoekschriften tot het Europees Parlement te richten, zich tot de Europese ombudsman te wenden, alsook zich in een van de talen van de Verdragen tot de instellingen en de adviesorganen van de Unie te richten en in die taal antwoord te krijgen.

Wat betreft de rechten van de Unieburger blijkt uit de tekst van artikel 20 lid 2 VWEU dat dit niet noodzakelijkerwijs alleen de rechten zijn die staan opgesomd in dat artikellid. Er staat namelijk dat de Unieburger *onder andere* de in het artikel genoemde rechten heeft. Deze niet limitatieve opsomming zou weleens een uitnodiging voor het Hof kunnen zijn om de lijst met Unieburgerschapsrechten uit te breiden tot andere rechten.

---

<sup>29</sup> R.O. 42.

<sup>30</sup> HvJ EU 5 juni 1997, C-64/96 *Uecker en Jacquet*, Jur. 1997, p. I-3171, r.o. 23.



De grote vraag is of het Hof meer rechten aan Unieburgers zal toekennen dan expliciet zijn genoemd in artikel 20 VWEU. In *Rottmann* overwoog het Hof dat deze rechten door de rechtsorde van de Unie verleend moeten zijn.<sup>31</sup> Dat betekent dat deze rechten niet noodzakelijkerwijs in het VWEU hoeven te worden genoemd, maar de exacte betekenis van deze overweging is onduidelijk. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat fundamentele rechten en algemene rechtsbeginselen die erkend zijn door het Hof binnen de reikwijdte van het Unierecht moeten vallen alvorens ze kunnen worden ingeroepen;<sup>32</sup> datzelfde geldt voor de rechten in het EU-Grondrechtenhandvest.<sup>33</sup> Die rechten, zoals bijvoorbeeld het recht op een gezinsleven van artikel 7 van het EU-Grondrechtenhandvest, zouden dan geen autonome rechten zijn voor Unieburgers, omdat alleen aan die rechten kan worden getoetst nádat een zaak binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt. Het is de vraag of het Unieburgerschap en de rechtspraak van het Hof in *Rottmann* en *Ruiz Zambrano* daar verandering in brengen. Het Hof zou die fundamentele rechten na *Ruiz Zambrano* desalniettemin kunnen gaan interpreteren als (autonome) rechten die ontleend zijn aan het Unieburgerschap. In dat geval lijkt de weg open voor een aanzienlijke uitbreiding van de werkingssfeer van het Unierecht. Het Unieburgerschap in combinatie met de erkenning van deze rechten als rechten die ontleend zijn aan die status brengt nationale maatregelen die het effectieve genot van deze rechten ontzeggen dan binnen de werkingssfeer van het Unierecht en vatbaar voor toetsing daaraan. Een Nederlandse rechter liep al voor de muziek uit door het *ne bis in idem* beginsel zoals dat in artikel 50 van het EU-Grondrechtenhandvest is vastgelegd op een Nederlandse gevangene toe te passen, zonder dat er een ander aanknopingspunt met het Unierecht was dan het Unieburgerschap.<sup>34</sup> Als *ne bis in idem* beginsel een recht is dat aan het Unieburgerschap kan worden ontleend, valt iedere Unieburger – ook zij die niet naar een andere lidstaat zijn gereisd – die aan een vervolging wordt onderworpen in strijd met het dat beginsel onder de materiële reikwijdte van het Unierecht en kan de nationale maatregel dus worden getoetst aan het EU-Grondrechtenhandvest zoals deze Nederlandse rechter deed. Als de Unieburgerschapsrechten slechts die rechten zijn die staan opgesomd in artikel 20 lid 2 VWEU, dan valt die Unieburger pas onder de materiële reikwijdte van het Unierecht als één van deze rechten is uitgeoefend.

In hoeverre het Hof voor deze benadering zal kiezen, hangt af van de waarde die het Hof toekent aan de bevoegdheidsverdeling tussen de EU en nationale rechtsordes. Het Hof kan kiezen tussen een minimale benadering van een bescherming van alleen de rechten genoemd in artikel 20 lid 2 VWEU of een benadering die toenmalig Advocaat Generaal bij het Hof Jacobs verwoordde in Konstantinidis: een Unieburger "heeft het recht om te zeggen „civis europeus sum" en zich op die status te beroepen om op te komen tegen elke schending van zijn fundamentele rechten."<sup>35</sup>

Het lijkt erop dat het Hof in *McCarthy* voorlopig voor een minimale bescherming kiest, waarbij het recht op een gezinsleven<sup>36</sup> niet door het Hof wordt beschouwd als een recht dat hoort bij de status van burger van de Unie. In *McCarthy* gaat het Hof namelijk niet in op de vraag of het recht op een gezinsleven een recht is dat is ontleend aan haar status als Unieburger. Het beperkt zich in die zaak tot de vaststelling dat het effectieve genot van het reis- en verblijfsrecht niet is aangetast doordat haar Jamaicaanse niet mag verblijven in het Verenigd Koninkrijk.<sup>37</sup>

<sup>31</sup> R.o. 48.

<sup>32</sup> HvJ EU 13 juli 1989, 5/88, Wachauf, Jur. 1989, p. 2609; HvJ EU 18 juni 1991, C-260/89, ERT, Jur. 1991, p. I-2925; HvJ EU 4 oktober 1991, C-159/90, Grogan, Jur. 1991, p. I-4685; HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07, Küçükdeveci, n.n.g.

<sup>33</sup> Art. 51 lid 1 EU-Grondrechtenhandvest.

<sup>34</sup> Rechtbank Almelo, 8 juli 2010, LJN: BN1369.

<sup>35</sup> HvJ EU 30 maart 1993, C-168/91, Konstantinidis, Jur. 1993, p. I-1191, r.o. 46 en zie ook de Conclusie van Sharpston in *Ruiz Zambrano*, par. 83.

<sup>36</sup> Artikel 7 EU-Grondrechtenhandvest.

<sup>37</sup> R.o. 48-49.

Naar onze mening kan in ieder geval wel worden afgeleid uit *Rottmann* en *Ruiz Zambrano* dat de werkingssfeer van het Unierecht is uitgebreid tot situaties waar door een maatregel van een lidstaat het effectieve genot wordt ontzegd van het Unieburgerschap zelf respectievelijk van Unieburgerschapsrechten door zijn 'eigen' lidstaat. Uit deze jurisprudentie blijkt dat pas nádat een zaak binnen de (materiële) werkingssfeer van het Unierecht valt, een beroep kan worden gedaan op andere rechten ontleend aan het Unierecht, zoals: het discriminatieverbod op grond van nationaliteit,<sup>38</sup> maar ook op fundamentele rechten,<sup>39</sup> algemene beginselen van het Unierecht<sup>40</sup> en bepalingen uit het EU-Grondrechtenhandvest. Dit is evenwel nog steeds minder vergaand dan (bepaalde) fundamentele rechten gelijkstellen aan de in artikel 20 lid 2 VWEU genoemde rechten, zoals de Nederlandse rechter deed met het *ne bis in idem* beginsel.

#### 4.2. Effectiviteitsbeginsel begrenst de EU en de nationale rechtsordes

De bevoegdheidsverdeling tussen de EU en nationale rechtsordes wordt onzes inziens mede bepaald door de manier waarop het Hof in *Ruiz Zambrano* het effectiviteitsbeginsel toepast.

Laten we eerst een uitstapje maken naar het leerstuk van de zogenaamde 'procedurele autonomie'.<sup>41</sup> Het Unierecht kent met name materiële rechten; om die rechten uit te kunnen oefenen dienen justitiabelen gebruik te maken van het nationale procesrecht van de 27 lidstaten. In beginsel zijn de lidstaten bevoegd hun eigen procesrecht in te richten (procedurele autonomie); dat procesrecht behoort niet tot de bevoegdheden van de EU.<sup>42</sup> Desalniettemin heeft het Hof daar in *Rewe Comet* een beperking van de bevoegdheid van de lidstaten aangebracht, doordat het nationale procesrecht moet voldoen aan twee beginselen van Unierecht: het gelijkheidsbeginsel<sup>43</sup> en het effectiviteitsbeginsel.<sup>44</sup> Wat dat laatste, hier relevante, beginsel betreft, zijn lidstaten in beginsel bevoegd hun procesrecht te bepalen en wordt dat niet getoetst aan het Unierecht, tenzij een nationale procedurele maatregel het de justitiabele (praktisch) onmogelijk maakt zijn aan het Unierecht ontleende rechten uit te oefenen. Wanneer een justitiabele bijvoorbeeld een (redelijke) beroepstermijn heeft laten verlopen, waardoor hij volgens het nationale procesrecht geen beroep meer kan doen op welk materieel recht dan ook, ook al had hij misschien een gefundeerde claim op grond van het Unierecht, dan zal dat geen schending van

---

<sup>38</sup> HvJ EU 2 oktober 2003, C-148/02, Garcia Avello, Jur. 2003, p. I-11613, r.o. 27 en HvJ EU 11 juli 2002, C-224/98, D'Hoop, Jur. 2002, p. I-6191, r.o. 29 en 30; zie nader over het invoeren van het discriminatieverbod binnen of buiten de werkingssfeer van de Verdragen: W.W. Geursen, "Non-discriminatie onder het EU- en Euratom-Verdrag: de doorwerking van artikel 12 EG-Verdrag (thans art. 18 VWEU)", *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, (2010-1), p. 17.

<sup>39</sup> Beschikking van het HvJ EU 1 maart 2011, C 457/09, Chartry, n.n.g., r.o. 25, waar een beroep op het recht op een doeltreffende voorziening werd afgewezen, omdat de zaak niet binnen de materiële reikwijdte van het Unierecht viel.

<sup>40</sup> Zie voor het gelijkheidsbeginsel: HvJ EU 12 september 2006, C-300/04, Eman en Sevinger, Jur. 2006, p. I-8055, r.o. 57.

<sup>41</sup> Zie voor een uitgebreide beschrijving van dit beginsel de conclusie van AG Poiares Maduro van 1 maart 2007 in C-222 en 225/05, Van der Weerd, Jur. 2007, p. I-4233.

<sup>42</sup> Desalniettemin is in sommige secundaire Unierecht harmonisatie van procesrecht terug te vinden en neemt daarmee de procedurele autonomie af. Zo stellen de richtlijnen op het gebied van migratierecht allerlei eisen aan de nationale procedureregels. Zie bijvoorbeeld over de opschortende werking van een verwijderingsbesluit HvJ EU 2 juni 2005, C-136/03, Dörr & Ünal, Jur. 2005, p. I-4759, r.o. 49 en 50.

<sup>43</sup> Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat het procesrecht geen ongunstiger voorwaarden mag kennen voor de effectivering van een materieel EU-recht dan voor een vergelijkbaar nationaal materieel recht.

<sup>44</sup> Voor het eerst genoemd door het Hof in HvJ EU 16 december 1976, 33 en 45/76, Rewe/Comet, Jur. 1976, p. 1989 en 2043.

het effectiviteitsbeginsel opleveren, ook al wordt daarmee het Unierecht in die zaak niet toegepast.<sup>45</sup> Dat betekent dat een nationale rechter dan niet aan toetsing van het Unierecht toekomt, ook niet als daardoor het Unierecht in dat specifieke geval niet kan worden geëffectueerd.<sup>46</sup>

In *Ruiz Zambrano* past het Hof het effectiviteitsbeginsel toe, zoals het dat – onzes inziens – ook doet in zaken betreffende de procedurele autonomie. Het oordeelde dat nationale maatregelen die tot gevolg hebben dat Unieburgers het effectieve genot wordt ontzegd van de belangrijkste aan hun Unieburgerschap ontleende rechten kunnen worden getoetst aan het Unierecht. Daarmee creëert het Hof een afbakening tussen de bevoegdheid van de lidstaten en de EU. Lidstaten zijn en blijven bevoegd zaken betreffende hun eigen onderdanen zelf te reguleren zonder toetsing aan de Unieburgerrechten, tenzij het effectiviteitsbeginsel wordt geschonden. Dat betekent dat er in beginsel geen toetsing aan het Unierecht plaatsvindt in zaken van Unieburgers tegen hun 'eigen lidstaat' waarbij geen sprake is van een grensoverschrijdend element, tenzij de uitoefening van de Unieburgerschapsrechten onmogelijk wordt gemaakt.

Let wel, het Hof kiest voor een hele andere benadering in burgerschapszaken waarbij er wel sprake is van een grensoverschrijdend element. In dat geval wordt de nationale maatregel integraal getoetst aan het reis- en verblijfsrecht en zal een beperking hoe groot of hoe klein de aantasting van de burgerschapsrechten dan ook in strijd zijn met art. 21 VWEU<sup>47</sup> (dan wel in strijd met Richtlijn 2004/38/EG).

Kort samengevat betekent dit dat Unieburgers die niet in een andere lidstaat hebben gereisd of verbleven tegenover hun 'eigen' lidstaat geen beroep kunnen doen op het Unierecht, tenzij de nationale maatregel het effectieve genot ontzegt van de belangrijkste Unieburgerschapsrechten.<sup>48</sup>

### 4.3. Aantasting van de 'essentie' van de rechten

De vraag die nog rest is: wanneer wordt het effectiviteitsbeginsel geschonden en is er dus een (voldoende) aanknopingspunt met het Unierecht om binnen de werkingssfeer van het Unierecht te vallen?

In *Rottmann* oordeelde het Hof dat er sprake kan zijn van toetsing aan het Unierecht "voor zover [de nationale maatregel] de door de rechtsorde van de Unie verleende en beschermde rechten aantast".<sup>49</sup> Wanneer een nationale maatregel *alle* burgerschapsrechten aantast door het burgerschap zelf te ontnemen, is er blijkbaar een voldoende aanknopingspunt met het Unierecht. In *Zambrano* werkt het Hof die 'aantastingstoets' nader uit. In de Nederlandstalige versie van het arrest valt te lezen dat er voldoende aanknopingspunt is wanneer "de belangrijkste" Unieburgerschapsrechten worden aangetast. Dan zou de aanknopingspuntstoets zijn: wanneer één van de belangrijkste rechten wordt aangetast, valt de zaak binnen de werkingssfeer van het Unierecht. Vervolgens rijst de vraag wat dan de belangrijkste rechten zijn?<sup>50</sup>

De Franstalige versie van het arrest in de zaak *Ruiz Zambrano* laat evenwel een andere test zien: "*Dans ces conditions, l'article 20 TFUE s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens*

<sup>45</sup> HvJ EU 18 januari 2010, C-472/08, Alstom Power Hydro, n.n.g.

<sup>46</sup> Zie daarover nader: W.W. Geursen, "Handhaving van het objectieve gemeenschapsrecht via het effectiviteitsbeginsel vs. subjectieve rechtsbescherming via het nationaalrechtelijke verbod op reformatio in peius", *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, (2009-4), p. 131.

<sup>47</sup> Zie onder meer HvJ EU 19 oktober 2004, C-200/02, Zhu en Chen, Jur. 2004, p. I-9925; HvJ EU 25 juli 2008, C-127/08, Metock, Jur. 2008, p. I-6241; HvJ EU 26 oktober 2006, C-192/05, Tas-Hagen en Tas, Jur. 2006, p. I-10451; HvJ EU 20 september 2001, C-184/99, Grzelczyk, Jur. 2001, p. I-6193 en HvJ EU 29 april 2004, C-224/02, Pusa, Jur. 2004, p. I-5763.

<sup>48</sup> HvJ EU 5 mei 2011, C-434/09, McCarthy, n.n.g., r.o. 56.

<sup>49</sup> R.o. 48.

<sup>50</sup> Zie Boeles, a.w. en Jessurun d'Oliveira, a.w. die dezelfde vraag stellen bij hun bespreking van *Ruiz Zambrano*.

*de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen de l'Union".*<sup>51</sup>

Volgens de Franstalige en vele andere taalversies<sup>52</sup> van het arrest gaat het dus om een aantasting van de *essentie* van de burgerschapsrechten, of zoals in de Duitstalige versie valt te lezen: de aantasting van de "*Kernbestands der Rechte*"<sup>53</sup> en dus niet om een aantasting van de *belangrijkste* rechten. Dat is een andere test dan een loutere aantasting van de belangrijkste rechten. De aantasting van de 'essentie' van de Unierechten volgt onzes inziens logischerwijs uit het effectiviteitsbeginsel. Overigens heeft alleen de tekst van het arrest dat is opgesteld in de procestaal rechtskracht;<sup>54</sup> in *Ruiz Zambrano* was dit de Franse taal.<sup>55</sup>

In *Ruiz Zambrano* gaat het dan om de aantasting van de essentie van het verblijfsrecht (van de Belgische kinderen): zonder verblijfsvergunning *mag* je (de jure)<sup>56</sup> niet verblijven en zonder werkvergunning *kan* je (de facto) niet verblijven. Beide vormden een aantasting van de essentie van het verblijfsrecht van de Belgische kinderen, omdat die volgens het Hof gedwongen zouden zijn hun ouders te volgen die niet zouden mogen en bij gebreke van arbeidsinkomsten zouden kunnen verblijven op Belgisch grondgebied. In *Rottmann* ging het a fortiori om de aantasting van de essentie, namelijk de aantasting van het burgerschap zelf en daarmee alle daaraan gekoppelde rechten.

Alleen een aantasting van de essentie van de Unieburgerrechten zal dan een schending zijn van het effectiviteitsbeginsel en binnen de reikwijdte van het Unierecht vallen. Bijvoorbeeld het niet mogen stemmen voor het Europees Parlement, zoals in de zaak *Eman en Sevinger* het geval was, tast de essentie van het (actief) kiesrecht aan.<sup>57</sup> Andersom, werd de essentie van het (passief) kiesrecht niet aangetast in de zaak *Pignataro*<sup>58</sup> waarin een Italiaans onderdaan opkwam tegen de regeling dat hij voor een plaats op de kieslijst in de betreffende gemeente diende te wonen, terwijl hij in een naburige gemeente woonde. Een ander voorbeeld kan zijn de aantasting van de essentie van het reisrecht door gevangenschap, zoals in *Kremzow* het geval was (ook daarin oordeelde het Hof dat er sprake was van een interne situatie).<sup>59</sup> Gevangenschap is weliswaar een aantasting van de essentie van het reisrecht, maar kan wel worden gerechtvaardigd (zie daarover par. 5 hierna).

Als de aantasting van de *essentie* van de Unieburgerrechten de juiste test is die uit *Ruiz Zambrano* volgt, zal een 'simpele' nadeliger behandeling van een Unieburger door zijn *eigen* lidstaat (bijvoorbeeld door hogere belastingen, collegegeld of andere nadeliger maatregelen) – zonder dat hij/zij gebruik heeft gemaakt om te reizen naar/te verblijven in een andere lidstaat – het effectiviteitsbeginsel niet schenden en derhalve niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen, omdat daarmee de essentie van de

<sup>51</sup> R.o. 42.

<sup>52</sup> Ook andere taalversies gaan uit van de "essentie" van de rechten: de Engelstalige versie spreekt van "the substance of the rights"; de Spaanstalige van "la esencia de los derechos"; de Italiaanstalige van "del godimento reale ed effettivo dei diritti"; de Portugeesttalige van "do essencial dos direitos"; de Roemeenstalige van "al esenței drepturilor"; de Malteesttalige van "tal-essenzjal tad-drittijiet"; de Slowaakstalige van "podstaty práv"; de Sloveenttalige van "izvrševanje bistvene vsebine pravic"; de Tsjechischstalige versie kan worden vertaald in zowel 'essentie' als in 'belangrijkste': "podstatné části práv"; wij waren niet bij machte de overige taalversies te vertalen.

<sup>53</sup> En ook de Zweedstalige en Deenstalige versies spreken van de 'kern' van de rechten: "kärnan i de rättigheter" en "kerneindholdet i de rettigheder".

<sup>54</sup> Artikel 31 Reglement voor de Procesvoering van het Hof van Justitie.

<sup>55</sup> In *McCarthy* was de procestaal Engels en bezigt het Hof de term 'the substance of the rights'.

<sup>56</sup> België mag de Belgische kinderen zelf niet uitzetten, aangezien dat in strijd is met het internationale recht (Artikel 3 van Protocol nr. 4 bij het EVRM); zie ook HvJ EU 5 mei 2011, C-434/09, *McCarthy*, n.n.g., r.o. 23 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>57</sup> HvJ EU 12 september 2006, C-300/04, *Eman en Sevinger*, Jur. 2006, p. I-8055.

<sup>58</sup> Beschikking van 26 maart 2009 in zaak C-535/08, *Pignataro*.

<sup>59</sup> HvJ EU 29 mei 1997, C-299/95, *Kremzow*, Jur. 1997, p. I-2629.

Unieburgerrechten niet wordt aangetast. Terzake van die Unieburgers bestaat dan nog steeds de mogelijkheid dat zij 'omgekeerde discriminatie' ondervinden, bij afwezigheid van een nationaalrechtelijk discriminatieverbod,<sup>60</sup> of nationaalrechtelijke regel die voorschrijft dat een eigen onderdaan dezelfde rechten toekomt als die welke een onderdaan van een andere lidstaat in dezelfde situatie aan het recht van de Unie kan ontlelen.<sup>61</sup>

## 5. Rechtvaardiging

Het Hof komt in *Ruiz Zambrano* niet toe aan de vraag of de maatregelen gerechtvaardigd zijn. AG Sharpston was van mening dat de beperking van het verblijfsrecht eventueel te rechtvaardigen is op voorwaarde dat het strookt met het evenredigheidsbeginsel.<sup>62</sup> Dat de aantasting van het verblijfsrecht kan worden gerechtvaardigd, lijkt ons een juiste benadering. Dat wordt onzes inziens ook bevestigd door het Hof in *Rottmann* waarin het oordeelde dat de intrekking tot naturalisatie en daarmee het Unieburgerschap kan worden gerechtvaardigd door redenen van algemeen belang.<sup>63</sup>

Een aantasting van de essentie van het verblijfsrecht door uitzetting kan worden gerechtvaardigd als er sprake is van aantasting van de openbare orde of veiligheid op voorwaarde dat er een "reële en voldoende ernstige bedreiging" is.<sup>64</sup> Die rechtvaardigingsgronden waren in *Ruiz Zambrano* evenwel niet aan de orde. Desalniettemin blijft het onzes inziens mogelijk uitzetting te rechtvaardigen.

Een na *Ruiz Zambrano* onbeantwoorde vraag is evenwel of het Hof die rechtvaardigingstoets anders zal toepassen wanneer het om de uitzetting van ouders gaat die een afgeleid verblijfsrecht van hun kinderen hebben en die, net als in *Ruiz Zambrano*, de nationaliteit van diezelfde lidstaat hebben. Als de uitzetting van de (derdelandse) ouder(s) gerechtvaardigd is, is het de vraag of het dat ook is als er van hen afhankelijke kinderen in het spel zijn. Die kinderen worden dan de facto ook uitgezet vanwege die afhankelijkheid. De vraag is of die complicatie de rechtvaardiging nog steeds aanvaardbaar maakt. Eigen onderdanen mogen immers niet worden uitgezet.<sup>65</sup> Die vraag laten wij hier verder onbeantwoord.

## 6. Kinderen als Unieburger: wanneer houdt de afhankelijkheid op?

In *Ruiz Zambrano* betrof het een verblijfsrecht voor de Colombiaanse vader dat is afgeleid van het verblijfsrecht van zijn Belgische kinderen van jonge leeftijd die afhankelijk van hem waren. Dat een derdelander een afgeleid verblijfsrecht kan hebben van zijn van hem afhankelijke kinderen is onzes inziens niet nieuw. Dat is immers vergelijkbaar met de Ierse baby Zhu die afhankelijk was van haar Chinese moeder Chen.<sup>66</sup> In *Zhu en Chen* ging het overigens alleen om het verblijfsrecht, aangezien de ouders voldoende middelen van bestaan hadden. In *Ruiz Zambrano* was er de additionele vraag of de vader van de kinderen ook mocht werken. Het Hof heeft de werkvergunning die *Ruiz Zambrano* nodig had, ook in de sleutel van het (afgeleide) verblijfsrecht gezet. De Belgische kinderen zou het immers

---

<sup>60</sup> HvJ EU 1 april 2008, C-212/06 Regering van de Communauté française en Gouvernement wallon tegen Gouvernement flamand, Jur. 2008, I-1683).

<sup>61</sup> HvJ EU 1 juli 2010, C-393/08, Sbarigia, n.n.g., r.o. 23 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

<sup>62</sup> Conclusie van AG Sharpston in *Ruiz Zambrano*, par. 122

<sup>63</sup> HvJ EU 2 maart 2010, C-135/08, *Rottmann*, n.n.g., r.o. 51 e.v.

<sup>64</sup> HvJ EU 10 juli 2008, C-33/07, *Jipa*, Jur. 2008, p. I-5157, r.o. 23; zie ook HvJ EU 7 juni 2007, C-50/06 Commissie/Nederland, Jur. 2007, p. I-4383, r.o. 42 en 43, en de aldaar genoemde rechtspraak te beginnen bij HvJ EU 28 oktober 1975, 36/75, *Rutili*, Jur. 1975, p. 1219, r.o. 27 en 28

<sup>65</sup> Zie voetnoot 56.

<sup>66</sup> HvJ EU 19 oktober 2004, C-200/02, *Zhu en Chen*, Jur. 2004, p. I-9925.

feitelijk onmogelijk worden op het grondgebied van de Unie te verblijven, als de vader niet mocht werken.

De vraag die de verschillende taalversies van het arrest in de zaak *Ruiz Zambrano* oproept, is wanneer de afhankelijkheid van de kinderen ophoudt te bestaan en daarmee ook een einde komt aan het afgeleide verblijfsrecht van de ouders van wie zij afhankelijk waren. De Nederlands- en Franstalige versie van het arrest spreken over: "kinderen van jonge leeftijd", respectievelijk "*enfants en bas âge*", terwijl de Engels- en Duitstalige versies het hebben over: "*minor children*", respectievelijk "*minderjährigen Kinder*".<sup>67</sup> De vraag is allereerst of het Hof daadwerkelijk een verschil heeft willen maken tussen zeer jonge kinderen en overige minderjarigen, zoals het EHRM dat wel heeft gedaan.<sup>68</sup> Zouden minderjarigen die niet meer zeer jong zijn, niet meer afhankelijk zijn van hun ouders? En waar ligt dan de grens?

Of wellicht dat het Hof een feitelijke analyse per zaak zal hanteren. Een 16-jarige die op zichzelf woont en zelf inkomen verwerft, is dan niet meer afhankelijk. Een 17-jarige die nog naar school gaat en thuis woont, is dan nog wel afhankelijk. En hoe zal dat zijn met gehandicapte kinderen? Of zelfs gehandicapte volwassenen? Een bepaalde mate van afhankelijkheid kan aanwezig zijn, als de ouders als mantelzorger optreden. Maar hoe zit het met de (minderjarige) gehandicapte die wordt verzorgd in een instelling die van overheidswege is gefinancierd en waardoor de zorg en daarmee de afhankelijkheid van de ouders is weggenomen? In *Ruiz Zambrano* wordt die vraag niet beantwoord. Het betrof immers kinderen van zeer jonge leeftijd. Die zijn in elk geval afhankelijk van de zorg van hun ouders.

## 7. Mogelijke consequenties van *Ruiz Zambrano* in de praktijk

*Ruiz Zambrano* breidt de materiële werking van het Unierecht uit tot Unieburgers die het Unierecht willen invoeren tegen hun eigen lidstaat, zonder dat zij daarvoor in een andere lidstaat hebben verbleven, terwijl nationale maatregelen de essentie van hun Unieburgerrechten aantasten.

Dichtbij het feitencomplex van de zaak *Ruiz Zambrano* komen Nederlanders die ook de nationaliteit van een derde land bezitten. Wat te denken van personen die zowel de Nederlandse als de Marokkaanse nationaliteit hebben. In de landelijke politiek gaat de stem op deze Unieburgers hun Nederlanderschap te ontnemen en daarmee hun Unieburgerschap, waarna zij kunnen worden uitgezet. Tegen die uitzetting zou *Ruiz Zambrano* kunnen worden ingeroepen. Het zou evenwel al voldoende zijn tegen de ontneming van het Nederlanderschap een beroep op *Rottmann* te doen. Wanneer het Nederlanderschap dan wordt behouden, kunnen zij niet eens worden uitgezet.

Kinderen die Unieburger zijn en van wie de Nederlandse vader of moeder uit beeld is en waar de andere ouder geen Unieburger is, kunnen zich nu mogelijk evenzeer beroepen op *Ruiz Zambrano* om een afgeleid verblijfsrecht voor de ouder van het Nederlandse kind te verkrijgen. Van belang is wel dat het kind ten laste komt van deze ouder, en dat het Nederlandse kind door het ontzeggen van het verblijfsrecht in de feitelijke onmogelijkheid verkeert om te kunnen verblijven op het grondgebied van de Unie. De rol van de uit beeld zijnde Nederlandse ouder zal ons inziens een belangrijke indicator hiervoor zijn: als het kind (volledig) afhankelijk is van zijn derdelandse ouder en zijn Nederlandse ouder zich niet om het kind bekommert, zal het kind zonder die derdelandse ouder hier niet kunnen verblijven. Andersom oordeelde de Rechtbank Den Haag reeds dat wanneer de Nederlandse ouder niet uit beeld is, dat voldoende is om na *Ruiz Zambrano* geen afgeleid verblijfsrecht voor de ouder die derdelander te erkennen; het feit dat het gezin zich toch genoodzaakt vond het EU-grondgebied te gaan verlaten,

<sup>67</sup> R.O. 43.

<sup>68</sup> EHRM 12 oktober 2006, 13178/03, *Mayeke & Mitunga t. België*; EHRM 8 januari 2009, 10606/07, *Grant t. VK* en EHRM 17 februari 2009, 27319/07, *Onur t. VK*; zie nader: S.K. van Walsum, "Jurisprudentie over migratierecht en gezinsleven. Deel II: artikel 8 EVRM", *Asiel & Migrantenrecht* 2010, nr. 10, p. 520-530.

merkte de rechtbank aan als persoonsafhankelijk en niet relevant.<sup>69</sup> Gezien de uitkomst van de zaak *McCarthy* lijkt dat oordeel van de Nederlandse rechter te billijken. De essentie van het verbijfsrecht van de Nederlandse ouder en de kinderen wordt niet aangetast als de derdelandse ouder het grondgebied van de EU moet verlaten. De Belgische Raad van State adviseerde op 8 april jl., dus tussen de arresten *Ruiz Zambrano* en *McCarthy* in, om iedere Belg voor wat betreft de gezinshereniging dezelfde rechten te geven als alle andere Unieburgers, aangezien *Ruiz Zambrano* daartoe zou nopen.<sup>70</sup> *McCarthy* lijkt evenwel aan te geven dat het recht op gezinsleven geen autonoom recht is dat Unieburgers – bij afwezigheid van een grensoverschrijdend element – tegen hun 'eigen' lidstaat kunnen invoeren.

Dan zijn er nog tal van zaken waarbij het recht op eerbiediging van het gezinsleven een rol speelt (behoud van het gezinsleven wanneer een gezinslid dreigt te worden uitgezet of gezinshereniging door een derdelands gezinslid naar de EU te halen). De vraag is of dat een zelfstandig Unieburgerrecht is dat voortvloeit uit artikel 20 VWEU. Dat recht staat immers niet genoemd in de opsomming van Unieburgerrechten in die bepaling, maar staat wel in het EU-Grondrechtenhandvest. Het Hof beantwoordt die vraag niet in *Ruiz Zambrano* en noemt het recht op eerbiediging van het gezinsleven in *McCarthy* niet eens. Zelfs al zou *Ruiz Zambrano* een eerste houvast bieden voor Unieburgers die zich via artikel 20 VWEU willen beroepen op gezinshereniging wanneer hun gezinsleden die geen Unieburger zijn niet worden toegelaten tot het grondgebied van hun 'eigen' lidstaat, biedt dat niet altijd soelaas. Als bijvoorbeeld de reden is dat die gezinsleden in het land van herkomst de inburgeringscursus niet hebben gehaald, is het evenwel de vraag of dat de essentie van dat recht aantast. De gezinshereniging wordt hen immers niet feitelijk onmogelijk gemaakt, ook al zal dat in individuele gevallen wel tot gevolg kunnen hebben dat gezinshereniging onmogelijk wordt. Dat is dan de consequentie van het toepassen van het effectiviteitsbeginsel. Of dat dan wel in strijd is met de Gezinsherenigingsrichtlijn (Richtlijn 2003/86/EG) is nu onderwerp van een prejudiciële procedure.<sup>71</sup>

Ook Nederlandse kinderen die in derde landen verblijven (in bijvoorbeeld Pakistan) die bij de ambassade of het consulaat reis- en/of verblijfsdocumenten aanvragen voor hun ouders of begeleiders die geen Unieburger zijn, zullen zich ten behoeve van hen mogelijk kunnen beroepen op *Ruiz Zambrano* om de EU weer binnen te komen en aldaar met hun ouders/begeleiders te verblijven.

Vreemdelingendetentie wordt wellicht ook geraakt door *Ruiz Zambrano*, omdat het de essentie van het reisrecht aantast en voorzover dat al niet in strijd is met de terugkeerrichtlijn.<sup>72</sup> Wat nu als ouders zonder Unieburgerschap in vreemdelingendetentie worden gehouden, terwijl hun kinderen Unieburger zijn? In dat geval zullen die kinderen, zeker wanneer zij van jonge leeftijd zijn en bij gebrek aan andere mogelijkheden van opvang, met hun ouders meegaan in vreemdelingendetentie.<sup>73</sup> Dat is een aantasting van hun reisrecht.<sup>74</sup>

Ook buiten het vreemdelingenrecht kan *Ruiz Zambrano* consequenties hebben. Op grond van artikel 28 Wetboek van Strafrecht kan een veroordeelde het kiesrecht worden ontnomen. Dat is een aantasting van de essentie van het kiesrecht voor het Europees Parlement en bij de gemeenteraadsverkiezingen in

<sup>69</sup> Rechtbank 's-Gravenhage, zittingsplaats Roermond, 28 maart 2011, LJN: BQ0062.

<sup>70</sup> Advies 49.356/4 van 4 april 2011 over amendement nr. 147 bij het wetsvoorstel « tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen voor wat betreft de voorwaarden tot gezinshereniging van niet-EU-onderdanen ».

<sup>71</sup> Rechtbank 's-Gravenhage, zittingsplaats Zwolle, 31 maart 2011, LJN: BQ0453; De zaak is bij het Hof aanhangig onder C-155/11, Mohammad Imran. Het Hof heeft het verzoek van de rechtbank om de zaak in de urgente procedure van art. 104ter van het Procesreglement van het Hof toegewezen.

<sup>72</sup> HvJ EU 28 april 2011, C/61/11, El Dridi, n.n.g.

<sup>73</sup> Zoals dat geschiedde in de zaak die leidde tot de uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage, zittingsplaats Rotterdam, 7 april 2011, LJN: BQ0564.

<sup>74</sup> En wellicht ook in strijd met Art. 3 EVRM; zie nader: EHRM 19 januari 2010, 41442/07, Muskhadzhiyeva e.a., JV 2010/119, met noot G.N. Cornelisse.



de lidstaat waar een Unieburger verblijf houdt. Wij zijn evenwel van oordeel dat dit in bepaalde gevallen zou kunnen worden gerechtvaardigd, bijvoorbeeld wanneer iemand is veroordeeld wegens verkiezingsfraude.<sup>75</sup>

## 8. Conclusie

*Ruiz Zambrano* onderstreept tegelijkertijd het belang dat het Hof toekent aan het Unieburgerschap en het autonome en andere karakter ervan ten opzichte van de klassieke vrijverkeersbepalingen in het Unierecht. In tegenstelling tot die vrijheden kunnen de Unieburgerschapsrechten tegen de 'eigen' lidstaat worden ingeroepen zonder dat daarbij sprake hoeft te zijn van een grensoverschrijdend element. De term 'interne situatie' is ons inziens daarom niet goed meer te gebruiken in de context van het Unieburgerschap. Die term kan tot verwarring leiden nu in de zaak *Ruiz Zambrano* alle feiten zich binnen één lidstaat afspeelde (een interne situatie dus) en er toch aanknopingspunten met het Unierecht waren. De meer algemene vraag is dan juist en minder verwarrend: heeft een situatie voldoende aanknopingspunten heeft met het Unierecht om binnen de werkingssfeer ervan te vallen?

In *Ruiz Zambrano* geeft het Hof aan dat dit het geval is wanneer de 'essentie' van de rechten van een Unieburger door een lidstaat wordt aangetast. Dat is een uitvloeisel van de toepassing van het effectiviteitsbeginsel. Het is in *Ruiz Zambrano* duidelijk dat de essentie van het verblijfsrecht wordt aangetast als een lidstaat geen afgeleid verblijfsrecht toekent aan een ouder wiens kinderen te zijne laste verblijven en Unieburger zijn. Welke rechten allemaal nog meer onder het Unieburgerschap vallen, moet nog worden afgewacht, maar het is na *Ruiz Zambrano* niet uit te sluiten dat het Hof fundamentele rechten gaat interpreteren als rechten die ontleend zijn aan de status van Unieburger.

In de praktijk zou dit er op neer kunnen komen dat kinderen die Unieburger zijn wier ouder(s) van wie zij afhankelijk zijn in vreemdelingendetentie worden gehouden en die kinderen daarmee ook in strijd is met de essentie van het recht om vrij te reizen. Indien het recht op gezinsleven een autonoom Unieburgerschapsrecht zou zijn, hetgeen na *McCarthy* te betwijfelen valt, zal de essentie van dat recht niet worden aangetast als voor gezinshereniging eerst een inburgeringscursus zal moeten zijn gehaald, ook al zal dat wel tot gevolg kunnen hebben dat gezinshereniging in individuele gevallen onmogelijk wordt. Dat is dan het gevolg van de toepassing van het effectiviteitsbeginsel.

Naar onze mening is *Ruiz Zambrano* een logisch gevolg van de eerdere uitspraken van het Hof in *Grzelczyk* en *Rottmann*. Met het instellen van het Unieburgerschap hebben de lidstaten hun burgers een autonoom burgerschap toegekend dat naast het 'eigen' burgerschap bestaat. Het is in dat licht dan ook niet verwonderlijk dat het Hof tot de conclusie komt dat lidstaten hun 'eigen' burgers niet de essentie van hun Unieburgerschap mogen ontnemen.

---

<sup>75</sup> Art. 127 Sr; zie nader HR 30 maart 2010, LJN: BK9221.